

کاربست «تحلیل اقتصادی حقوق» در استنباط فقهی

سجاد شهباز قهفرخی • استادیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده هنر و علوم انسانی، دانشگاه شهرکرد، شهرکرد، ایران.
sajjadshahbaz@sku.ac.ir

چکیده

«تحلیل اقتصادی حقوق» روشی نوین در تحلیل مباحث حقوقی است که برای کاربرست آن در حقوق اسلامی باید به دنبال ظرفیت‌های بومی برآمد. تحلیل اقتصادی حقوق با استفاده از تحلیل رفتارهای اقتصادی بشر تلاش دارد تا بهترین قواعد را برای تنظیم روابط خصوصی پیشنهاد دهد و آثار قواعد حقوقی موجود را تحلیل کند، و از این طریق به افزایش رفاه و حداکثرسازی کارآمدی این قواعد کمک کند. نتایج حاصل از پژوهش‌های تحلیل اقتصادی حقوق را می‌توان به عنوان مصداق «بنای عقلا» مورد مطالعه قرار داد و از آن بهره‌ها برد. بنای عقلا یکی از ظرفیت‌های اصولی مهم و کاربردی در تحلیل موضوعات فقهی، بازشناسی ادله و شناسایی احکام جدید به‌خصوص در حوزه احکام امضایی است. در این نوشتار، به‌صورت خاص سه مورد از مسائل مطروحه در حقوق قراردادهای موضوع مطالعه قرار گرفته است و در هر مورد، وضعیت این موضوعات از حیث تحلیل اقتصادی و امکان تطبیق هر یک با بنای عقلا بحث شده است.

واژگان کلیدی: تحلیل اقتصادی حقوق، بنای عقلا، تعدیل قرارداد، ایفای دین، اجرای تعهد.

مقدمه

تعامل حقوق و اقتصاد پیشینه‌ای طولانی دارد که با طرح نظریه «مسئله هزینه اجتماعی» توسط رونالد کوز^۱ گرایش به تحلیل اقتصادی در نظریات حقوقی مطرح شد و با انتشار کتاب «تحلیل اقتصادی حقوق» توسط پوزنر^۲ در سال ۱۹۷۲ مکتب تحلیل اقتصادی حقوق سرعت تکاملی خود را آغاز نمود. (انصاری، ۱۳۹۳، ۴-۶) تحلیل‌گران اقتصادی حقوق با استفاده از ابزارهای تحلیلی اقتصاد خرد تلاش می‌کنند تا در موضوعات حقوقی اجتماعی الگوی اقتصادی برای تبیین کنش‌ها و واکنش‌های انسانی بیابند. از این منظر هر انسانی در شرایط کمیابی منابع، با توجه هزینه‌ها و منافع هر رفتار به اتخاذ تصمیم و انتخاب رفتار دست می‌زند. قواعد حقوقی نیز به عنوان قواعد حاکم بر رفتارهای بشری در تنظیم روابط بین انسان‌ها دخالت مستقیم دارند. فلذا تحلیل‌گران اقتصادی حقوق در تلاشند تا با بررسی تأثیر متقابل قواعد حقوقی و قواعد اقتصادی بر یکدیگر به «افزایش کارایی» دست یازند. معیارهای «کارایی پارتویی»^۳ و «کارایی کالدرو هیکس»^۴ به عنوان مهم‌ترین معیارهای افزایش کارایی تخصیصی^۵ در تحلیل اقتصادی گزاره‌ها و قواعد و حتی نظام‌های حقوقی مورد توجه پژوهشگران است.

تحلیل ماهیت و آثار مفاهیم و گزاره‌های موضوع علم حقوق از حیث آثار اقتصادی آن‌ها باعث دگرگونی در فهم معنای عدالت نیز خواهد شد. با ارائه تحلیل اقتصادی از یک مفهوم ممکن است حکم حقوقی آن نیز دستخوش تغییر قرار گیرد. به عنوان نمونه اگرچه هر غاصبی مکلف به استرداد عین مال مغضوب است اما از دیرباز فقیهان با ارائه ناخودآگاه تحلیل اقتصادی مفهوم مال

¹ Ronald Coase

² Richard A. Posner

³ Pareto Improvement

⁴ Nicholas Kaldor Improvement

⁵ Allocative Efficiency

و مالیت، استرداد «بخ غصب شده در تابستان» در فصل زمستان را استرداد مال مغضوب تلقی نکرده‌اند. (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲، ۲۸)

از دیگر سو با دقت در مفهوم بنای عقلا به عنوان مفهومی اصولی می‌توان با ارائه تحلیل دقیق از موضوعات و نقد عقلایی احکام در حوزه احکام امضایی به خصوص احکام حوزه حقوق قراردادهای به بسیاری از ابهامات و سؤالات پاسخی درخور داد.

در آثار متعددی به بررسی مفهوم بنای عقلا و یا تحلیل اقتصادی حقوق پرداخته شده است؛ اما پژوهشی که متکفل بیان نحوه استفاده از داده‌های به دست آمده در تحلیل اقتصادی حقوق در فقه بوده و توجیه اصولی آن را بیان کند، وجود ندارد. از این رو در این مقاله نخست به بررسی مفهوم بنای عقلا و کارکردهای سه‌گانه آن پرداخته خواهد شد و سپس با طرح کارکرد اقتصادی حقوق و بیان نمونه‌هایی از آن به بررسی نحوه بکارگیری تحلیل اقتصادی حقوق در استنباط فقهی پرداخته خواهد شد. در این مقاله به منظور پرهیز از کلی‌گویی صرفاً به بررسی این موضوع در حدود حقوق قراردادهای پرداخته شده است و سه مورد از مسائل این حوزه مورد مطالعه موردی قرار گرفته است. سایر جنبه‌ها نظیر موضوعات مطروحه در حقوق کیفری یا حقوق عمومی خارج از موضوع این مقاله هستند.

– پیشینه پژوهش: در مورد دو مفهوم «بنای عقلا» و «تحلیل اقتصادی حقوق» به نحو مستقل پژوهش‌های متعددی صورت پذیرفته است ولیکن حسب تحقیق مؤلف، در مورد نسبت این دو مفهوم و نحوه بکارگیری گزاره‌های حاصل از «تحلیل اقتصادی حقوق» تاکنون پژوهشی سامان نیافته است.

۱. مفهوم بنای عقلا

«بنای عقلا» از دو واژه «بناء» و «عقلا» ایجاد شده است. بناء واژه‌ای عربی و به معنای «برقراری، اساس، بنیاد، قرار» (معین، ۱۳۷۵، ج ۱، ۵۸۰) و «عمارت، خانه، ساختمان و ساختن عمارت» (عمید، ۱۳۵۷، ج ۱، ۳۷۵) آمده است. منظور از بناء در ترکیب «بناء عقلا» رفتار عینی و عملی و روش مستمری است که ممکن است به اشکال مختلفی ظهور و بروز نمود داشته باشد. «عقلا» جمع «عاقل» بوده و از ماده «عقل» گرفته شده و در معنای اسم فاعل است. منظور از «عقلا» همه‌ی افرادی است که قوه تمیز و فهم و درک دارند و از عقل برخوردارند. به عبارت دیگر مراد از عقلا، جماعت و گروهی از مردم است که از نیروی عقلایی خود بهره می‌برند و از این کلمه در این ترکیب، «جماعت عاقلان» به ذهن متبادر می‌شود؛ نه اینکه خصوص فرد خاصی مدنظر باشد. نظر به اینکه در مورد مفهوم بنای عقلا قرارداد وضعی وجود ندارد (شیرازی، ۱۳۹۶، ۳۲) و به تدریج وارد ادبیات فقه و اصول شده و علمای سلف نیز تعریفی از آن به دست نداده‌اند، ارائه تعریف جامع و مانع که مقبول همگان باشد، امری دشوار است. تعاریف مختلفی از اصطلاح «بنای عقلا» ارائه شده است. برخی از این تعاریف عبارتند از: الف: سیره عقلا عبارت است از میل و گرایش عمومی نزد عقلا-صرف نظر از متدین بودن یا نبودن- به سلوکی معین، بدون این که شرع در پیدایش آن دخالتی داشته باشد. (صدر، ۱۳۹۵، ۱۶۸) ب: طریقه عقلا عبارت است از استمرار و تکرار عمل عقلا در موضوعی از آن جهت که عاقل هستند. صرف نظر از این که سنت و آیین واحدی دارند یا نه. (نایینی، ۱۴۰۶، ج ۳، ۱۹۲) ج: بنای عقلا عبارت است از مواضع عقلایی اعم از این که در رفتارهای عینی تجلی یابد و یا در ذهن و مرتکبات عقلا استقرار داشته باشد. (صدر، ۱۴۱۷، ج ۹، ۱۹۳)

کاربردهای مختلف این مفهوم و ضرورت پرهیز از اختلاف نظرهای لفظی بر این دشواری افزوده است. تعریفی که مجتهد تبریزی از بنای عقلا بیان نموده است تعریفی مختصر است. ایشان نگاشته

است: «بناء العقلاء عبارة عن الاتفاق على امر من جهة عقول المتفقيين»^۱ مفهوم استمرار و عمل در عبارت «بناء» نهفته است. عنصر «عمل و سلوک و یا رفتار یکسان مردمان» را باید جنس این تعریف شمرد. کما اینکه از عبارات مختلف فقها و اصولیین نیز همین معنا برداشت می‌شود. برخی گفته‌اند: «ضرورة ان بناء العقلا عملی» (موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ج ۳، ۹۹) و برخی دیگر گفته‌اند: «لا معنى للبناء العقلایی الا العمل» (اصفهانی، ۱۳۷۴، ۳۳). بدین معنا که عقلا گاه رفتار و سلوک یکسانی دارند، مانند عمل به ظواهر کلام و گاهی نیز مطابق قاعده خاصی نظیر قاعده ید عمل و رفتار می‌کنند. این سلوک و عمل ایشان باید «عمومیت و فراگیری» داشته باشد. از این رو سیره و رفتار خاص مردم یک منطقه را نمی‌توان مصداقی از «بنای عقلا» تلقی نمود. در اینکه آیا بنای عقلا فقط شامل رفتارهای عینی و خارجی عقلاست یا اینکه امور ارتکازی که در اندیشه‌ی ایشان رسوخ نموده و حالت درونی یافته است را نیز شامل می‌شود، اختلاف است. (نک: حسینی، ۱۴۱۴، ۲۴۹؛ صدر، ۱۴۱۷، ج ۴، ۲۳۴) دو مفهوم «بنای عقلا» و «ارتکازات عقلا» را می‌توان متمایز از یکدیگر دانست اما در این مقاله مراد از بنای عقلا در معنای اعم است. دومین قیدی که در تعریف آمده قید «من جهة عقول المتفقيين» است که به منزله فصل تعریف مجتهد تبریزی است و بدین‌سان باید بنای عقلا را انشعابی از نیروی عقل دانست. برخی دیگر نیز کاشف بودن از حکم عقل را شاخصه بنای عقلا شمرده‌اند. (آشتیانی، ۱۴۰۳، ج ۱، ۱۷۱؛ همو، ج ۳، ۵۲؛ بروجردی، ۱۴۱۵، ۴۷۱) بنابراین، بنایی که منشا آن «عقل یا امور عقلایی» نباشد بلکه اموری همچون «عدم مبالات»، «راحت طلبی»، «منفعت طلبی»، «عادت» یا «تقلید از دیگران» باشد، تخصصاً از مفهوم بنای عقلا خارج است. برخی پژوهشگران بنای عقلا را به دو گروه «بنای عقلا بما هم عقلا» و

^۱ عبارت بکار رفته با تلخیص مؤلف است و اصل عبارت مجتهد تبریزی بدین شرح است: «إنَّ العلماء رَّبَّما يَتَمَسَّكون في كتبهم الفقهية و الأصولية تارة ببناء العرف و أخرى بالسيرة و ثالثة ببناء العقلاء و لهذه الأدلة الثلاثة جهة اشتراك من حيث الاتفاق على أمر و جهة امتياز من حيث إنَّ اجتماع المتفقيين إمَّا من جهة اقتضاء فهمهم لذلك و إمَّا من جهة تدنيهم بدین و إمَّا من جهة عقولهم». (تبریزی، ۱۳۶۹، ۴۶۷)

بهر روی آنگاه که منشاء بنا، «بما هم عقلا» نباشد، شایسته نیست در مورد حجیت بنای مزبور سخن گفته شود.

در این پژوهش مراد از بنای عقلا، رفتار یا ذهنیتی عام است که در شرایط و اوضاع و احوال یکسان توسط همه‌ی عقلای عالم صرف نظر از آیین و مسلک فکری ایشان، مورد عمل قرار گرفته است. می‌توان کارکردهای سه‌گانه‌ای برای بنای عقلا ترسیم نمود. هر یک از این گونه کارکردهای بنای عقلا نیازمند بحث مبسوط و مستقلى هستند اما به مناسبت بحث مقاله ناگزیر در ادامه به طرح اجمالی این کارکردها پرداخته شده است

۱.۱. بنای عقلای مشرّع حکم

در مسائل فقهی، عموماً بنای عقلا به عنوان بیانگر و ترسیم‌کننده حکمی جدید مطرح است. (بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۹، ۳۳۴؛ موسوی خویی، ۱۴۱۸، ۴۵۹) گاه از سیره عقلا به عنوان دلیل مستقلى^۱ بر احکام شرعی فرعی یاد می‌گردد. با استقراء ناقص در کتب فقهی استفاده می‌شود که اکثر سیره‌های مورد استناد فقها از همین دسته است. ایشان «بیع بودن معاطات»، «مملک بودن حیات مباحات» و «تصحیح معاملات صبی در امور جزئی» (صدر، ۱۴۱۷، ج ۹، ۱۹۹) را بر همین مبنا پذیرفته‌اند. ایشان در قیاس منطقی که سامان داده‌اند سیره عقلاییه را به عنوان کبرای قیاس در اثبات حکم شرعی مورد لحاظ قرار داده‌اند. از این گونه بنای عقلا به «سیره مشرّع» نیز یاد می‌شود. به عنوان مثال سیره عقلا بر این است که هر کس مال مباحی را حیات کند، مالک آن خواهد شد؛ در این مورد بنای عقلا سببی بر اسباب تملک افزوده است و جعل مالکیت برای حیات‌کننده نموده است. کبرای کلی شرعی در این مورد این است که «من حاز ملک» و دلیل آن

^۱ صرف نظر از اینکه بنای عقلا را از اقسام سنت تلقی کنند و یا به عنوان ظن خاص غیرناهییه بدان نگریسته شود.

نیز مستقیماً سیره عقلا شناخته شده است.^۱ (صدر، ۱۴۱۷، ج ۹، ۲۰۱) در مورد حجیت و شرایط حجیت بنای عقلا که تشریع کننده حکم جدید باشد، مبانی و نظرات اصولی مختلفی بیان شده است. (نایینی، ۱۴۰۶، ج ۲، ۵۴۱؛ مظفر، ۱۳۸۷، ۵۱۳-۵۱۹؛ صدر، ۱۴۱۷، ج ۹، ۱۹۲-۲۴۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ۲۵۸)

۲.۱. بنای عقلائی منقح دلیل حکم شرعی

گاه با دخالت دادن بنای عقلا در دلالت دلیل لفظی شرعی تصرف می‌شود و دلالت دلیل لفظی و نحوه فهم آن تغییر پیدا می‌یابد. (صدر، ۱۴۱۷، ج ۹، ۲۱۰-۱۹۷؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹، ج ۱۲، ۴۳۴۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۱، ۱۵۰) بعد از تغییر در ظهور لفظ یا عبارات ادله، طبیعتاً دلالت دلیل متحول شده و قابلیت استناد دارد. با لحاظ این‌گونه از بنای عقلا، می‌توان ادله لفظی احکام شرعی فرعی را بازخوانی نمود. با فهم جدید از ظهور الفاظ و عبارات، معنایی متفاوت و در نتیجه حکمی جدید کشف می‌شود. بناهای عقلایی و مرتکرات عرفی قرینه لَبّی متصل به کلام هستند که در مقام استنباط مراد و معنای مورد نظر متکلم/شارع نمی‌توان به آن توجه نکرد. بنای عقلا بر انعقاد اطلاق و حقق و احراز مقدمات حکمت نیز تاثیرگذار است.^۲

۳.۱. بنای عقلائی منقح موضوع

بنای عقلا به دو گونه ممکن است عناوین موضوع را تحت تاثیر قرار دهد، گاه به نحو ثبوتی و گاه به نحو اثباتی. بدین ترتیب که بنای عقلا با دخالت در تعیین حدود و ثغور موضوع در ثبوت

^۱ البته ممکن است گفته شود در این مورد صرف‌نظر از بنای عقلا، دلیل لفظی نیز افاده همین حکم را خواهد نمود.

^۲ مؤلف به همراه مرحوم دکتر محمدعلی انصاری‌پور دانشیار فقید دانشگاه تهران، در مقاله‌ی ذیل به بررسی تفصیلی و استدلالی این موضوع پرداخته‌اند:

شهباز قهفرخی، سجاد و انصاری پور، محمد علی. (۱۴۰۱). نقش بنای عقلا در تنقیح دلیل لفظی حکم شرعی، فقه و مبانی حقوق اسلامی (۲)، ۵۵، صص ۳۶۵-۳۴۹.
doi: 10.22059/jjfil.2023.345229.669388

موضوع اثر می‌گذارد و گاهی نیز در کشف و احراز موضوع به نحو اثباتی دخالت می‌کند. به عنوان نمونه اگرچه «احیاء ارض» در گذشته با صرف سنگ‌چینی متصور بوده است اما امروزه عقلاً در صورتی تحقق عنوان موضوعی «احیاء ارض» را می‌پذیرند که برای احیاء زمین از دستاوردهای علوم کشاورزی استفاده شده باشد. آنگاه که بنای عقلاً در ایجاد موضوع (تنقیح ثبوتی موضوع) نقش دارد و نیز آنگاه که در کشف موضوع (تنقیح اثباتی) مداخله می‌کند، موضوع حکم را روشن خواهد کرد و مترتب ساختن حکم موجود در منابع بر موضوع، از حیث حجیت مناقشه‌ایی در پی ندارد. با توجه به اینکه بنای عقلاً در این کارکرد خود، به طور مستقیم حکمی مقرر نداشته و فقط در شناسایی موضوع دخالت می‌نماید، این کارکرد ابزاری در دست پژوهشگران خواهد بود که باعث پویایی هرچه بیشتر و البته نظام‌مند فقه است.^۱

۲. کارکرد تحلیل اقتصادی حقوق

تحلیل اقتصادی یکی از روش‌های جاری و قابل اتکا در تفسیر حقوق (و چه بسا ایجاد قواعد نوین در حقوق) است. این روش مبتنی بر شناسایی روش تفکر و مبانی رفتار انسان‌هاست و از این رو واقعیت رفتاری انسان‌ها را مورد توجه قرار می‌دهد. این روش به مثابه روشی رفتارگرایانه می‌تواند در کنار روش‌های ساختارگرایانه و کارکردگرایانه در کشف ماهیت روابط حقوقی مؤثر باشد. به ویژه که روش شناخت رفتارها خود می‌تواند تنظیم‌کننده و شکل‌دهنده ساختار و کارکرد یک رابطه حقوقی باشد. اصولاً شکل‌گیری هر ساختار حقوقی نتیجه رفتار مداوم انسان‌ها در آن حوزه خاص اجتماعی است. پس شکل‌گیری ساختارها تابعی از رفتار کنش‌گران اجتماعی برای وصول به کارکرد خاص آن رابطه هستند. (ایران‌پور، ۱۳۹۷، ۱۲)

^۱ مولف به همراه مرحوم دکتر محمدعلی انصاری‌پور دانشیار فقید دانشگاه تهران، در مقاله‌ی ذیل به بررسی تفصیلی و استدلالی این موضوع پرداخته‌اند:
شهناز قهفرخی، سجاد و انصاری‌پور، محمد علی، (در نوبت انتشار)، نقش بنای عقلاً در شناسایی موضوع حکم؛ مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی.

همانگونه که گفته‌اند تحلیل اقتصادی حقوق، رویکردی است که درصدد درک کنش و واکنش‌های انسانی به عنوان تلاشی برای کسب اهداف خاص در مقابل تنگنهای بیرونی است. (کاپوراسو و لوین، ۱۴۴-۱۴) در تحلیل اقتصادی حقوق، موضوعات حقوقی با ابزارهای اقتصادی بررسی می‌شوند و در آن، نظریه‌ها و تکنیک‌های اقتصادی برای آزمون ساختارها، فرایند و آثار حقوق و نهادهای قانونی بکار گرفته می‌شوند. (دادگر، ۱۳۸۹، ص ۱۷) فلذا باید گفت تحلیل اقتصادی حقوق به معنای تحلیلی است که در آن از روش‌ها و شیوه‌های تحلیلی که در «علم اقتصاد» برای مطالعه بازار و عناصر آن به کار گرفته شده است، استفاده می‌شود. (آقایی طوق، ۱۳۹۲، ۸)

تحلیل اقتصادی می‌تواند در فهم روابط حقوقی، کمک شایانی نماید. (ایران‌پور، ۱۳۹۷، ۱۶۴) تأثیرگذاری این دسته تحلیل‌ها در فهم موضوعات و آثار احکام شرعی غیرقابل‌انکار است. به حدی که گاه فقیه در مراجعه به اصول و قواعد فقهی به فتوایی می‌رسد اما در مقام تطبیق دادن آن با واقعیت خارجی احساس می‌کنند این فتوا ممکن است عادلانه نباشد از این رو با دعوت یا الزام طرفین به مصالحه سعی در عادلانه و به‌روز نمودن فتوا دارند. در استفتائات از مراجع از «دعوت به مصالحه»^۱ و یا حتی «الزام به مصالحه»^۲ در مورد چنین اموری یاد می‌شود.

^۱ به عنوان مثال حضرت ایه الله العظمی خامنه ای در پاسخ به استفتائات مختلف در باب خمس، سرقفلی، بیع فضولی، مبیع قرار گرفتن دانش فنی و غیره مصالحه را مطابق با احتیاط دانسته‌اند. برای مثال در پاسخ به سؤالات شماره ۸۸۷، ۱۴۸۳، ۱۵۲۹ و ۱۶۷۲. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به سایت استفتائات معظم‌له به آدرس:

<https://farsi.khamenei.ir/treatise-index>

^۲ به عنوان نمونه می‌توان به پرسش و پاسخ ذیل در سایت استفتائات آیه‌الله خامنه‌ای اشاره نمود: سوال: زن و شوهری کارمند بوده و پول‌های خود را به صورت مشترک صرف در امور زندگی می‌کرده‌اند و مرد فوت کرده است، حال حکم این اموال چیست؟ آیا همه اموال، ترکه حساب شده و یک چهارم را زن می‌برد و بقیه اموال (سه چهارم دیگری) مال سایر بستگان است یا اینکه نه. اینجا باید چطوری محاسبه کنیم؟ پاسخ: زن اگر پول خود را هبه کرده جز ترکه محسوب می‌شود و اگر

۳. نمونه‌هایی از تأثیر تحلیل اقتصادی حقوق در نظرات فقهی

۱.۳ تحلیل اقتصادی مفهوم «ایفاء دین»

درک «ارزش زمانی پول» (Time Value of Money) می‌تواند در نوع نگاه مجتهد به مسئله ربا و بهره بانکی و خسارت تأخیر تأدیه اثر گذارد. با استفاده از نتایج این نظریه، نمی‌توان گفت پرداخت اصل وجه بعد از یک دوره زمانی ایفاء دین تلقی می‌گردد. مدیون هنگامی «ایفاء دین» نموده که اصل وجه بعلاوه «نرخ بازگشت سرمایه» را بپردازد والا اصلاً عنوان موضوعی «ایفاء دین» که موضوع حکم «وجوب» است محقق نخواهد شد. در موردی که شخص دریافت‌کننده پنج میلیارد ریال بعد از ده سال قصد تحصیل براثت ذمه را دارد، اگر از عقلای جامعه در روزگار فعلی در مورد تحقق عنوان «ایفاء دین» به عنوان امر موضوعی سؤال پرسیده شود، ایشان بازگرداندن عین وجه را «ایفاء دین» نمی‌دانند. شاید عقلا و متعارفین جامعه اساساً نامی از نظریه «ارزش زمانی پول» نشنیده باشند و چیزی از اقتصاد ندانند اما تحقق عنوان «ایفاء دین» را نمی‌توانند بپذیرند. علم اقتصاد می‌تواند با تحلیل روابط اقتصادی بین اشخاص جامعه در هر دوره زمانی، مبنای این «بنا» و «سیره» را به فقیه و حقوقدان، نشان دهد.

اگر پرداخت اصل وجه بعد از گذشتن مدت زمانی معتنا به «ایفاء دین» تلقی نگردد، آنگاه اختلافات پیش آمده در مورد ماهیت و کارکرد «خسارت تأخیر تأدیه» نیز گونه‌ای دیگر به خود می‌گیرند. دادخواه بعد از «ایفاء دین» توسط بدهکار، سخن از «خسارت ناشی از تأخیر تأدیه» خواهد راند. در وضعیت کنونی که دادگاه‌ها در دعاوی مطالبه وجه، حکم به پرداخت «اصل وجه»

برای خودش خریده است مال خودش می‌باشد و در این صورت مواردی را که یقیناً زن با مال خود برای خود خریده است (یعنی علم داشته باشیم مثلاً این فرش با مال خودش برای خود خریده است) این مورد متعلق به زن است و بقیه ورثه در آن مورد حقی ندارند؛ و مواردی هم که با مال مشترک خریده‌اند، به نسبت پول هر کدام محاسبه می‌شود و اگر نسبت مشکوک است و مشخص نیست، باید ورثه میت و این خانم مصالحه نمایند.

و «خسارت تأخیر تأدیه بر مبنای شاخص تورم» صادر می‌کنند، آیا جمع ریالی هر دو عنوان تکاپوی «ایفاء دین» را می‌نماید؟ و آیا عقلاً مدیون را با اجرای حکم مزبور بری‌الذمه می‌دانند؟ آنگاه که مبتنی بر نگاه عقلایی «ایفاء دین» محقق گردید و بازپرداخت دین به صورت کامل واقع شد، نوبت به بحث از خسارت ناشی از تأخیر تأدیه می‌توان نمود.

موضوع دیگر این است که خسارتی که «تأخیر تأدیه» به بار می‌آورد جنبه شخصی دارد نه نوعی. تاجر یا معلمی ساده از پول خود دوگونه استفاده می‌کنند. معلم ساده نهایتاً با مشورت برادر یا دوست خویش وجوه نقد خود را به طلا تبدیل می‌کند و در عمل ارزش پول خود را در شرایط تورمی حفظ می‌کند، اما تاجر با بکارگیری سرمایه ارزش آن را به چندین برابر خواهد رساند. این مثال به ظاهر ساده، به خوبی می‌تواند معیار شخصی توجیه نحوه محاسبه «تأخیر تأدیه» نشان دهد.^۱ حال که عقلاً قائل به چنین تفکیکی هستیم، چرا قانون‌گذار نباید بین روابط تاجر با تاجر و روابط تاجر با مصرف‌کننده و یا مصرف‌کننده با مصرف‌کننده تفکیک قائل شود؟

۲.۳. تحلیل اقتصادی مفهوم «تعدیل قرارداد»

موضوع تعدیل قرارداد نیز قابل بررسی است. در عقود معاوضی-مغایبه‌ای قصد طرفین از انعقاد قرارداد، وصول به ارزشی متعادل و متناسب با ارزشی است که به طرف مقابل منتقل می‌شود. در عقود آنی، در صورت عدم تعادل اقتصادی بین عوضین، موضوع غبن و ضمانت اجرای آن مطرح شده است؛ اما در عقود که عنصر زمان در آن مداخله دارد و عقود در بستر زمان اجرا می‌شوند نظیر مزارعه و اجاره، باید ماهیت معاوضی آن‌ها مورد توجه بوده است. اگر در بستر زمان صعوبتی برای استفاده از عین مستاجره حاصل گردد، مستأجر حق فسخ پیدا می‌کند. (ماده ۴۸۰ قانون مدنی) تحلیل این بوده که منافع عین در بستر زمان ایجاد و مورد استفاده مستأجر قرار

^۱ در اینجا صرفاً در پی طرح پرسش و ایجاد حساسیت نسبت به موضوع هستیم و شقوق مختلف و پاسخ اینگونه موضوعات را باید در مقاله‌ای مستقل مطرح نمود.

می‌گیرد به تعبیر فقها «آنا فآنا» ایجاد می‌گردد و مستأجر مابه ازای منافی را که عادتاً برای وی ایجاد خواهند شد، می‌پردازد. حال اگر در منافع عیبی حادث گردد و امکان بهره‌برداری مستأجر را منتفی سازد، مستأجر در قبال مابه ازایی که باید پرداخت کند، چیزی به دست نیاورده است. با اعطای حق فسخ، این نابرابری و به تعبیر تحلیل اقتصادی حقوق، عدم کارآیی پارتویی- جبران می‌گردد. این حکم را در سیر تاریخی کتب فقها می‌توان مشاهده کرد و هر فقهی فرض موضوع- کم‌ارزش یا بی‌ارزش شدن منافع عین مستأجره به نحو عام نه شخصی- نموده، همین حکم را صادر کرده است.

اما فرض عکس آن- شاید به دلیل عدم تحقق موضوع در بستر تاریخی- مورد توجه قرار نگرفته است. فرض جدیدی که در بستر تحولات اقتصادی و برای جامعه امروز پیش آمده این است که در شرایط تورم غیر قابل پیش‌بینی، ارزش پولی که به عنوان اجاره‌بها تعیین گردیده در بستر زمان به اندازه‌ای کاهش یافته که تعادل اقتصادی حین انعقاد عقد از بین رفته است. آیا از بین رفتن یا کاهش تعادل اقتصادی بین عوضین ضرر تلقی نمی‌شود و متضرر شایسته حمایت نیست؟

تحلیل اقتصادی، تحقق عنوان موضوعی ضرر را به ما می‌آموزد و قاعده لاضرر و یا سایر قواعد حقوق قرارداده‌ها بر لزوم جبران ضرر تصریح دارند. این که ضمانت اجرایی و نحوه جبران ضرر چگونه باشد نیازمند بحث مستقل است. تعدیل قضایی، اعطای حق فسخ، الزام به مذاکره مجدد و حتی انفساخ عقد راه‌هایی هستند که قابلیت طرح و بحث دارند. آنچه در اینجا بدان پرداخته خواهد شد صرفاً این مسئله است که چگونه با از تحلیل اقتصادی حقوق چگونه می‌توان در فرایند استنباط فقهی بهره برد.

در همین خصوص در فرض مسئله به قاعده لاضرر مراجعه خواهد شد. در مورد معنا و مفهوم قاعده لاضرر، صحبت‌ها فراوان شده است. اما در همه‌ی این تحلیل‌ها به «ضرر» به عنوان موضوع

نگریسته شده است. وفق این قاعده، ضرر از مکلفین برداشته شده است. تشخیص مصداق ضرر، امری موضوعی تلقی می‌گردد و صرف‌نظر از انتخاب هر یک از مبانی، این بنای عقلاست که به نحو ثبوتی و با توجه به اوضاع و احوال و سایر متغیرهای مؤثر، مفهوم و حدود موضوع «ضرر» را روشن می‌سازد. بر این اساس، هرگاه رویدادی نامنتظر تعادل اقتصادی قرارداد بلند مدت را بهم زند، بسیاری از نظام‌های حقوقی، با درک ورود ضرر به یک طرف قرارداد، استمرار حکم «لزوم» قرارداد را پذیرفته‌اند. به عنوان نمونه در حقوق آلمان، علیرغم حاکمیت قاعده «توافقات یا قراردادهای باید حفظ شوند»^۱ آمده است که در مواردی که تغییرات بنیادین در اوضاع و احوال ایجاد شده، منافع متصوره قبل از عقد برای متعاملین تغییر یافته و معامله سابق به طور چشم‌گیری برای متعهد طاقت‌فرسا بوده و قرارداد قابل تعدیل خواهد بود. اورتمن^۲ در حقوق آلمان طلا‌پرده‌دار حرکت از اطلاق اصل لزوم به سوی پذیرش قاعده «التزام به عقد در صورت بقاء شرایط سابق»^۳ گردید و این تحول توسط رویه قضایی آلمان با قید رعایت حسن نیت برای استناد به این قاعده پذیرفته شد. (Cssecsy, 2006, p. 157-8) در حقوق فرانسه برای این مسئله قائل به امکان مذاکره مجدد و در صورت عدم حصول نتیجه، تعدیل قرارداد توسط دادگاه و یا تعیین زمان خاص جهت پایان دادن به قرارداد به تشخیص دادگاه (وفق ماده ۱۱۹۵ اصلاحی ۲۰۱۶ قانون مدنی فرانسه)^۴ شده‌اند و در حقوق داخلی نیز برخی قائل به ایجاد حق فسخ برای

¹ Pacta Sunt Servanda. See E.A. Martin, A Concise Dictionary of Law, Oxford, Oxford University Press, 1987, p. 256; D.M. Walker, The Oxford Companion to Law, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 912.

² Paul Ernst Wilhelm Oertmann

³ Rebus sic Stantibus.

برخی با ارائه ترجمه آزاد از این عبارت لاتین آن را اینگونه ترجمه نموده‌اند: «طرفین هنگامی به قرارداد پایبند باقی خواهند ماند که شرایط قرارداد همیشه یکسان باقی بماند.» (کریمی و علی‌پور، ۱۴۰۰: ۱۰۷)

⁴ Article 1195: Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai

متعهد (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۳، ۹۹) گردیده‌اند. آنچه بر می‌آید این است که بنای عقلا «التزام به مفاد عقد سابق در فرض تغییر بنیادین اوضاع و احوال» را ضرر می‌داند و حتی برخی گفته‌اند: «در ناروایی ضرر ناشی از حادثه پیش‌بینی نشده، نباید تردید کرد.» (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۳، ۹۵)

در این مسئله بنای عقلا حدود و ثغور موضوع را به دست داده است. این نحوه مداخله بنای عقلا در تنقیح موضوع را می‌توان به تبعیت از شهید صدر، دخالت ثبوتی نامید. (صدر، ۱۴۱۷، ج ۹، ۱۹۴)

به طور مشابه می‌توان از قاعده اتلاف یاد نمود. قاعده اتلاف یکی از معروف‌ترین قواعد فقهی است. در ترسیم معنا و مفهوم تلف و اتلاف، بین اتلاف ذات شی و اتلاف وصف مالیت آن تفکیک قائل شده‌اند^۱ و جالب اینجاست بدون این‌که تصریحی وجود داشته باشد این تفکیک را از بنای عقلا استخراج نموده‌اند. (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲، ۲۸) چنین تفکیکی برآمده از فهم اقتصادی رابطه حقوقی بین متلف و مالک و موضوع تلف است. یخ در تابستان ارزشمند است والا در زمستان عقلا بهایی بابت آن نمی‌پردازند. فلذا بازگرداندن عین یخ غصب شده در تابستان، در فصل زمستان، «رد عین» نخواهد بود و چنین شخصی نمی‌تواند خود را بری‌الذمه پندارد، چه این‌که عقلا از بین رفتن وصف مالیت را، تلف می‌دانند. در اینجا بنای عقلا در تنقیح موضوع به نحو اثباتی مداخله داشته است.

۳.۳. تحلیل اقتصادی تقدم حق فسخ بر لزوم اجبار به اجرای تعهد

raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

^۱ الظاهر أنّ التلف بمعنى الهلاك و الفناء، فإنّ اتلاف المال عبارة عن إهلاكه و إفناؤه و الإفناء قد يتعلّق بذات المال و قد يتعلّق بماليته مع بقاء ذاته، مثلاً لا شكّ في أنّ الثلج له مالیه في الصيف و أمّا في الشتاء فلا مالیه له، أي العقلاء لا يبذلون بإزائه المال، فإذا أفنى ذات ثلج الغير فهذا إتلاف مال الغير؛ و أمّا إذا حبسه على صاحبه حتّى دخل الشتاء، كما لو غصب المثلج أي المكان الذي يذخرون فيه الثلج لبيعه في الصيف فردّه على صاحبه مع الثلج الذي فيه في الشتاء، فهذا إتلاف مالیه الثلج، لا نفسه. القواعد الفقهية (للبيجنوردی، السيد حسن)؛ ج ۲، ص: ۲۸

آنگاه که متعهد مفاد تعهد خود را اجرا نکند، متعهدله حق درخواست الزام وی به اجرای تعهد را دارد یا مکلف است ابتدا الزام وی را از دادگاه بخواهد و در صورت عدم امکان الزام و اجبار، حق فسخ یا مطالبه خسارت پیدا می‌کند؟ پرسش مطروحه در اینجا منصرف از مواردی است که اجرای قرارداد غیرممکن و متعذر باشد. در مواردی که اجرای قرارداد از سوی متعهد ممکن نیست، در صورتی که متعهدله قصد فسخ داشته باشد، گونه‌ایی از «تراضی بر اقاله» بین ایشان کشف می‌شود. (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ۷۲) اما در اینجا محور بحث، مواردی است که علیرغم امکان اجرا و همچنین امکان الزام متعهد به اجرای قرارداد و یا شرط، متعهدله قصد فسخ قرارداد را داشته باشد. رعایت لزوم ترتیب در الزام به اجرای تعهد و سپس فسخ قرارداد یا مخیر بودن متعهدله در انتخاب هر یک از این دو شیوه موافقان و مخالفانی دارد.

در حقوق ایران برخی گفته‌اند اصل بر اجبار به انجام عین تعهد است. (قاسم‌زاده، ۱۳۸۸، ۲۱۸؛ امامی، ۱۴۰۱، ج ۱، ۴۸۵؛ صفایی و دیگران، ۱۳۹۳، ۲۴۹ و ۲۵۰؛ عدل، ۱۳۸۵، ۳۰۸؛ شهیدی، ۱۳۸۶، ۴۲) و قاعده آن است که ضمانت اجرای طبیعی تخلف از وفای به عهد، الزام متخلف به اجرای عقد است نه فسخ عقد. (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۳، ۲۳۶) در دفاع از ایشان می‌توان گفت اصل حاکمیت اراده اقتضا می‌کند طرفین همان قصد و نیتی را که در زمان انعقاد قرارداد مدنظر داشته‌اند و مورد توافق بوده است اجرا کنند و مطلوب ایشان در آن زمان، اجرای عین موضوع تعهد بوده است. (صفایی و الفت، ۱۳۸۹، ۵۰) اصل لزوم نیز مبنایی برای اجرای اجباری تعهد است.

برخی دیگر گفته‌اند دلیل معتبری وجود ندارد که متعهدله را از حق فسخ محروم دانسته یا حق او را منوط و مقید به عدم امکان الزام به اجرا از طریق دادگاه گردد. (صادقی‌نشاط، ۱۳۸۸، ۳۰۸) در بین فقها نیز می‌توان طرفداران این نظریه را مشاهده نمود. شیخ طوسی در دو کتاب مختلف قائل به همین نظر شده است. (شیخ‌طوسی، ۱۴۱۴، ج ۱۰، ص: ۲۵۲ و همو، ۱۳۸۷، ج ۲، ۱۵۱) از بین

حاشیه‌نویسان مکاسب، مرحوم کمپانی به این نظر گرایش داشته است. (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ۱۹۳)^۱ امام خمینی صراحتاً و با تأکید اعلام داشته که مشروطه بین اجبار به اجرای تعهد یا فسخ عقد مخیر است و با تعریض به محقق ایروانی (ایروانی، ۱۳۸۴، ج ۲، ۶۷) به بنای عقلا استناد جسته و معتقد است این نظر که جمع بین حق اجبار و خیار برای مشروطه امکان ندارد، ناشی از این توهم است که خیار مترتب بر تعذر شرط تلقی شود، حال این‌که با رجوع به بنای عقلا فهمیده می‌شود ایجاد حق فسخ بر عدم اجرای اختیاری عقد مترتب است نه بر ممکن نبودن اجرای شرط ولو به نحو اجباری. (موسوی خمینی، ۱۴۱۸، ج ۵، ۳۲۸) از بین فقهای معاصر نیز آیت‌الله سیستانی (سیستانی، بی‌تا، ج ۲، ۶۰) و آیه الله وحیدخراسانی (وحید، ۱۳۸۶، ج ۳، ۵۳) به همین نظریه گرایش دارند.

در تقویت نظریه دوم می‌توان به بنای عقلا استناد جست. عقلا در مواردی که متعهد به تعهد خود عمل نکرده است و متعهدله بتواند با فسخ عقد و تأمین مقصود خود از عقد با سرعت، سهولت و هزینه کمتر مقصود خود را تأمین نماید و از هزینه‌های اضافی پیشگیری کند، الزام متعهد به مراجعه به محاکم دادگستری یا داوری و پیگیری موضوع از آن طریق را منطقی نمی‌دانند. این داوری عقلا مبتنی بر تحلیل اقتصادی و افزایش کارایی و کاهش هزینه‌های معاملاتی است.

در قراردادهای بین تجار، اصل سرعت در معاملات تجاری و لزوم هماهنگی با مقتضیات تجارت روز دنیا ایجاب می‌کند، قانون‌گذار اجرای هم‌زمان یکی از ضمانت اجرای الزام به انجام عین تعهد و فسخ قرارداد را بپذیرد. منطقی نیست تاجری برای فسخ قرارداد ابتدا مکلف به طرح دعوی الزام به انجام عین تعهد باشد و بعد از اثبات تعذر اجرای آن به وسیله حکم قطعی، بتواند قرارداد را فسخ کند. (بادینی و شاهی‌دامن‌جانی، ۱۳۹۷، ۱۰۲)

^۱ برای مشاهده نظر سایر حاشیه‌نویسان رجوع شود به: حاشیه‌المکاسب (لأخوند)، ص: ۲۴۷؛ حاشیه‌المکاسب (للیردی)؛ ج ۲، ص ۱۲۹-۱۲۷؛ منیه الطالب فی حاشیه‌المکاسب، ج ۲، ص: ۱۳۴-۱۳۰.

در معاملات خرد مصرف‌کنندگان نیز، فروشنده یا مصرف‌کننده خرد ترجیح می‌دهد با متخلف به طریق فسخ عمل کند و مایحتاج خود را از منبعی دیگر تهیه نماید و برای هر مورد ریز یا درشت به دادگاه مراجعه نکند. (صادقی‌نشاط، ۱۳۸۸، ۲۹۸)

فرض کنید شخص کالای مورد نیاز روزمره خود را از مغازه محله خریداری نموده و ببع به صورت لفظی منعقد شده است، اما هنگام خروج، از پرداخت ثمن امتناع می‌کند. با اعطای حق حبس به فروشنده، وی می‌تواند اجازه خروج اجناس را ندهد؛ اما می‌دانیم با تحقق بیع مالکیت‌ها منتقل شده است و اجناس انتخابی خریدار، در مالکیت وی هستند و فروشنده باید از آن‌ها مراقبت نماید و برای دریافت ثمن به مرجع قضایی مراجعه کند تا بعد از دریافت حکم قطعی و صدور اجراییه و پیگیری پرونده اجرایی شاید به ثمن دسترسی یابد. آیا عقلاً این روش را می‌پسندند؟؟

عکس فرض فوق نیز قابل تصور است. ماده ۲ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب ۱۳۸۸ مقرر داشته: «کلیه عرضه‌کنندگان کالا و خدمات، منفرداً یا مشترکاً مسؤول صحت و سلامت کالا و خدمات عرضه شده مطابق با ضوابط و شرایط مندرج در قوانین و یا مندرجات قرارداد مربوطه یا عرف در معاملات هستند اگر موضوع معامله کلی باشد در صورت وجود عیب یا عدم انطباق کالا با شرایط تعیین شده، مشتری حق دارد صرفاً عوض سالم را مطالبه کند و فروشنده باید آن را تأمین کند و اگر موضوع معامله جزئی (عین معین) باشد مشتری می‌تواند معامله را فسخ کند یا ارزش کالای معیوب و سالم را مطالبه کند و فروشنده موظف است پرداخت کند. در صورت فسخ معامله از سوی مشتری پرداخت خسارت از سوی عرضه‌کننده منتفی است.» در مواردی که مبیع، عین معین بوده و معیوب باشد، مشتری به نحو علی‌البدل و تخییری حق فسخ قرارداد یا مطالبه ارزش را دارد؛ اما اگر مبیعی کلی به مصرف‌کننده فروخته شده ولی کالای تحویلی با شرایط تعیین شده مطابقت نداشته باشد، قانون‌گذار مشتری را مجبور نموده تا در وهله نخست مطالبه اجرای عین تعهد را نماید.

شاید پاسخ داده شود که با تشکیل محاکم یا اتاق‌های داوری اختصاصی و فوری می‌توان این زمان را کوتاه نمود؛ اما هزینه‌های چنین معامله‌ایی منحصر در زمان نیست. از حیث اقتصادی هزینه نگهداری کالا در راستای اعمال حق حبس، هزینه مراجعه به مرجع حل اختلاف، هزینه اثبات ادعا، هزینه اجرای حکم و خسارت ناشی از عدم دسترسی به ثمن به عنوان وجه نقد برای فروشنده باید مورد لحاظ قرار گیرد.

آیا منطقی‌تر نبود اگر قانون‌گذار مستقیماً به نحو تخییری حق الزام به اجرای عین تعهد و حق فسخ را به مصرف‌کننده اعطا می‌کرد؟ آیا ملزم دانستن مشتری به طرح دعوا جهت احقاق حقوق خود در کوچک‌ترین مسائل، حمایت از او تلقی می‌شود؟ اگر عقلاً به این نتیجه رسیده‌اند که برای حمایت از مصرف‌کننده نیاز به تصویب قانونی صریح و شفاف و تعیین تکالیفی برای عرضه‌کنندگان کالا وجود دارد، چرا باید مفاد این قانون تأکید بر تکلیفی سنگین برای مصرف‌کننده باشد؟ از حیث اجتماعی نیز حکم به لزوم قرارداد و حق حبس برای فروشنده، نیز علاوه بر از بین بردن اعتماد بین اشخاص، باعث بهم ریختن بازار در بلندمدت خواهد شد.

عقلاً در این موارد حکم به لزوم مراجعه به حاکم/دادگاه را نمی‌پسندند اما چگونه می‌توان نظر عقلاً را به شارع منسوب نمود؟

ادله «سوق المسلمین»^۱ حکایت از آن دارد که هرگاه حکمی باعث بهم ریختن بازار مسلمانان گردد می‌توان آن حکم را کنار گذارد. قاعده سوق در موضوعات مختلفی از قبیل حجیت قاعده صحت، (مکارم‌شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱، ۱۱۸) ید (مکارم‌شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱، ۳۰۹) سبق، (مکارم‌شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲، ۱۳۷) به عنوان دلیل مطرح شده است. عمومیت دلیل قاعده سوق

^۱ لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق. «الکافی» ج ۷، ص ۳۸۷، الباب (۹) من أبواب الشهادات، ح ۱، «الفقیه» ج ۳، ص ۵۱، ح ۳۳۰۷، باب من یجب رد شهادته و من یجب قبول شهادته، ح ۲۷، «تهذیب الأحکام» ج ۶، ص ۲۶۱، ح ۶۹۵، (۹۱) باب البینات، ح ۱۰۰، «وسائل الشیعة» ج ۱۸، ص ۲۱۵، أبواب کیفیة الحکم و أحكام الدّعی، باب ۲۵، ح ۲.

دلالت بر این دارد که هر آن چیزی که از نبود آن، در نظام اقتصادی مسلمین اختلال پیش می‌آید، حق است و توسعه بر عباد و رفع سختی و جلوگیری از حرج نیز به عنوان حکمت این قاعده گفته شده است. (مکارم‌شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱، ۱۲۱ و ۱۷۱) از این رو با توجه به اینکه عقلا ملزم نمودن ذی‌حق (متعهدله) به مراجعه به حاکم برای الزام متعهد به اجرای تعهد به دلیل زیاد شدن موارد عملی آن را باعث بهم خوردن نظم بازار می‌دانند، موضوع قاعده سوق توسط بنای عقلا اثبات شده و این «الزام» را می‌توان برداشت. از این رو بنای عقلا به نحو «تنقیح اثباتی» موضوع ادله سوق را تشخیص داده و با اثبات موضوع، ترتب حکم هم قهری خواهد بود.

در چنین موردی بنای عقلا موضوع دلیل لفظی را فراهم نموده است و در صورتی که ادله لفظی دیگری وجود داشته باشد که از لحاظ حکمی فقیه را به حکمی دیگری می‌رساند، باید به سراغ قواعد حل تعارض بین دو دلیل لفظی رفت.

همچنین با تقریر دیگری نیز می‌توان از بنای عقلا در اثبات مخیر بودن متعهدله بهره جست. پایه استدلال برای اثبات اختیار، تمسک به قاعده لاضرر است. مبنای شیخ انصاری در قاعده لاضرر،^۱ بر نفی حکم ضرری است. بر این مبنا، در فرض تخلف متعهدله از اجرای تعهد، حکم به پایبندی به عقد از سوی مشروطه، ضرری خواهد بود که از سوی مشروط‌علیه بر وی تحمیل شده است؛ فلذا اگر متعهدله حق فسخ عقد را نداشته باشد، این ضرر بر وی مستقر خواهد بود. شیخ انصاری معتقد است که در صورت عدم امکان اجبار، حق فسخ برای مشروطه ایجاد می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ۷۱) اما در انتقاد از ایشان می‌توان به بنای عقلا استناد نموده و گفته شود در برخی موارد

^۱ شیخ انصاری معتقد است که مراد از «لا» در روایت «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» نفی جنس حقیقی نیست؛ زیرا در عالم خارج، واقعا ضرر وجود دارد. در این جمله، واژه «حکم» در تقدیر گرفته شده و منظور آن است که حکم ضرری در اسلام وجود ندارد؛ بدین معنا که هر حکمی که از ناحیه شارع وضع گردد، اگر مستلزم ضرر باشد یا در اثر اجرای آن ضرری بر مردم وارد شود، وفق این قاعده آن حکم برداشته خواهد شد. به دیگر عبارت، هرگاه حکمی سبب تحقق ضرر گردد، از آنجایی که در اسلام ضرر (مسبب) نباید تحقق پیدا کند، پس حکم (سبب) نیز ثابت نخواهد شد. (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۲، ۵۳۳)

رعایت قید «الزام و احراز تعذر الزام برای مشروطه»، ضرر جدیدی خواهد بود که بر ضرر ناشی از عدم التزام متعهد اضافه خواهد شد. فلذا با عنایت به اینکه نمی‌توان در استناد به قاعده لاضرر، ضرر جدیدی را بر اشخاص تحمیل نمود و اجبار متعهدله به رجوع به حاکم هم ضرر جدید است باید از قید اخیر دست شست و معتقد به امکان فسخ بدون لزوم رجوع به حاکم را نتیجه گرفت.

همچنین استدلال شده است که آنچه مانع تحقق ضرر می‌شود فعلیت اجبار متعهد به اجرای قرارداد است نه امکان الزام و اجبار؛ و برای رفع ضرر ناشی از حکم لزوم، باید قائل به ایجاد حق فسخ شد؛ زیرا آنچه توسط لاضرر برداشته شده «حکم ضرری» است نه «حکم ضرری با قید «ضرر غیر قابل رفع»». (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ۱۹۳) به دیگر عبارت هرگاه با حکم ضرری مواجه شویم، قاعده لاضرر باعث رفع این حکم خواهد شد و نیازی نیست که این ضرر قابلیت رفع نداشته باشد تا امکان استناد به قاعده لاضرر فراهم شود. از این رو در فرض بحث نیز، به صرف اینکه با تخلف متعهد مواجه شدیم، ضرر برای متعهدله فعلیت پیدا کرده و مستقر می‌شود و خيار فسخ برای او ایجاد می‌شود. البته نظر به اینکه اطلاق ادله وجوب وفای به عقد و شرط را نیز داریم، همزمان حق بر اجبار به ایفاء تعهد نیز ایجاد شده است. فلذا با تحقق تخلف، هر دو حق برای متعهدله در عرض یکدیگر ایجاد خواهد شد و وی در انتخاب بین یکی از این دو حق مخیر است.

از دیگر سو اگر اجبار به ایفاء عقد، «حق» مشروطه باشد، (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ۷۱) باید گفت که وی می‌تواند از بدیل آن حق نیز استفاده کند و بدیل «حق بر اجبار به ایفاء عقد»، «حق بر فسخ عقد» است.

این روش در نظام‌های حقوقی مختلف مقرره‌گذاری شده است و حتی در نظام حقوقی فرانسه و قبل از اصلاحات ۲۰۱۶ رویه قضایی متمایل به این بود تا با استناد به ماده ۱۱۸۴ در صورت

نقض هر نوع تعهدی (اعم از تعهدات موضوع ماده ۱۱۴۲ یا ماده ۱۱۸۴) متعهدله را در انتخاب یکی از دو روش پیش‌بینی شده در ماده ۱۱۸۴ مخیر سازد.^۱

۴. رابطه‌ی تحلیل اقتصادی حقوق و بنای عقلا

از توجه به مثال‌های پیش‌گفت به دست می‌آید که قائل شدن به چنین تفکیکاتی حاصل توجه به تحلیل اقتصادی روابط حقوقی است و نباید انگاشت که این مطلب ساخته و پرداخته ذهن اقتصاددانان است و سیره و بنای عقلا نیست تا در این پژوهش ارزش بحث داشته باشد؛ بلکه باید گفت اقتصاددان به نحو دقیق به روابط اقتصادی نگاه می‌کند واقعیات اقتصادی را در برابر دیده قرار می‌دهد؛ همانند جراحی گمنام که بعد از انجام جراحی و خارج نمودن غده سرطانی (بخوانید عدم شناسایی دقیق موضوعات)، احساس درد (بخوانید احساس بی‌عدالتی موجود در متن جامعه) را کاهش داده و یا مرهمی (بخوانید قانون و فتوایی منطبق با واقعیات) برای آن ارائه داده است. آنگاه نیز که فقیه (مانند مسئله تلف یخ در تابستان) وارد فضای تحلیل اقتصادی موضوع می‌شود، بی‌گمان شأن تحلیلگر اقتصادی حقوق را دارا بوده نه شأنیت فقیه. به دیگر عبارت مداخلات فقیه و حقوقدان در ترسیم دایره موضوعی، خروج از شأن و جایگاه حقوقدانی و فقاهاست و به عنوان احد از عقلا به موضوع نگاه می‌کند. نتیجه این سخن آن است که در صورتی که اقتصاددان تحلیل دیگری از موضوع داشته باشند و این تحلیل مورد قبول عقلا بوده و منطبق با آن رفتار گردد، تحلیل جدید معتبر و منشأ اثر خواهد بود نه تحلیل شخصی فقیه.

مکاتب اقتصادی تحت تاثیر مکاتب فکری مختلف ایجاد شده و خواهند شد. از این رو در هنگام استناد به تحلیل اقتصادی گزاره‌های حقوقی، باید به منشأ و مبنای مکتب فکری اقتصادی تحلیل‌گر نیز توجه داشت. چنانچه مکتب فکری حاکم بر تحلیلگر اقتصادی حقوق، مورد تایید مبانی فکری

^۱ Cass.civ.3e, 11mia.2005, n 03-21.136.

به نقل از پاکباز، سیامک (۱۴۰۱). شرح قانون مدنی فرانسه اصلاحات ۲۰۱۶، ص ۳۰۹

دینی نباشد، نمی‌توان به آن تحلیل استناد نمود. از دیگر سو، هنگامی می‌توان امری را به عنوان بنای عقلا مطرح نمود که مورد تایید تمامی مکاتب اقتصادی باشد و به تایید عقلا رسیده باشد والا در موارد اختلافی نمی‌توان تحقق بنا را احراز نمود و آنگاه که عقلا در امری اختلاف داشته باشند آن امر را نمی‌توان بنای عقلا تلقی نمود.

در بهره بردن از داده‌های حاصل از تحلیل اقتصادی حقوق نباید به افراط گرایید. هر آنچه بعد از تحلیل اقتصادی و عرضه نمودن به عقلا به عنوان مصداق بنای عقلا پذیرفته شد را به عنوان یک دلیل باید در نظر قرار داد و سپس به استدلال فقهی یا حقوقی پرداخت. داده‌هایی که از رهگذر تحلیل اقتصادی حقوق به دست می‌آید را باید به اصول کلی و متقن حقوق قراردادها نظیر اصل تأمین نظم، اصل احترام به اراده،^۱ اصل منع اضرار به غیر، اصل منع سوءاستفاده از حق و غیره عرضه شده و سپس مبنایی برای استدلال حقوقی گردند.

به عنوان مثال در بیع منعقدۀ توسط مجنون حتی در فرض وجود تعادل اقتصادی بین عوضین و رعایت مصلحت مجنون و سودمند بودن عقد برای وی، بطلان عقد بیع مبتنی بر مصالحی غیر از مصالح اقتصادی است. از این رو ساختارسازی یا تنظیم حقوق صرفاً بر اساس یک گونه تحلیل و نگاه تک‌بعدی ممکن است ما را به حکمی برساند که برخلاف اهداف عالیه و کلی حقوق است.

نتیجه‌گیری

داده‌های برآمده از تحلیل اقتصادی حقوق را باید به عنوان گزاره‌های مورد تأیید عقلا مطرح نمود که به صورت مصداقی بیانگر بنا و سیره عقلا هستند. با استفاده از این گزاره‌ها چه بسا بتوان با مداخله اثباتی یا ثبوتی در موضوع، با تبدل موضوع، حکمی دیگر به ارمغان آورد. همچنین ممکن است بنای عقلای مشرّع حکم باشند که در این صورت چنین بنای را به عنوان یک دلیل شرعی

^۱ نه لزوماً حاکمیت یا آزادی اراده...

می‌توان تلقی نمود که باید در تعامل با سایر ادله شرعی مورد استناد قرار گیرد. افراط‌گرایی در استناد صرف به بنای عقلا در صدور حکم و کنار نهادن سایر ادله از سوی دیگر بام افتادن است.

منابع

۱. آشتیانی، محمد بن حسن بن جعفر (۱۴۰۳). بحر الفوائد فی شرح الفوائد، قم، کتابخانه حضرت آیه الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
۲. آقایی طوق، مسلم. (۱۳۹۲). تحلیل «تحلیل اقتصادی حقوق». مطالعات حقوق تطبیقی، ۴(۲)، ۱۷-۱. <https://sid.ir/paper/246241/fa>
۳. اصفهانی، محمدحسین (۱۳۷۴). نهایت الدرایه فی شرح الکفایه (طبع قدیم)، قم، انتشارات سیدالشهداء.
۴. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸). حاشیه کتاب المكاسب، قم، أنوار الهدی.
۵. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۱). فرائد الاصول، قم، مجمع الفكر الاسلامی.
۶. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵). المكاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۷. انصاری، مهدی (۱۳۹۳). تحلیل اقتصادی حقوق، تهران، جنگل.
۸. ایران پور، فرهاد (۱۳۹۷). مبانی و کاربرد تحلیل اقتصادی در حقوق خصوصی، تهران، انتشارات دنیای اقتصاد.
۹. ایروانی، میرزا علی (۱۳۸۴). حاشیه المكاسب، تهران، کیا.
۱۰. امامی، سید حسن (۱۴۰۱). حقوق مدنی، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد.
۱۱. بجنوردی، سید حسن بن آقابزرگ موسوی (۱۴۱۹). القواعد الفقهیة، قم، نشر الهادی.
۱۲. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، محقق و مصحح: محمد تقی ایروانی - سید عبدالرزاق مقرر؛ قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۱۳. بادینی، حسن و شاهی دامن جانی، احد (۱۳۹۹). «بررسی چالش‌های تقدم انجام عین تعهد بر فسخ قرارداد از منظر اقتصادی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره سی و دوم.
۱۴. بروجردی، حسین (۱۴۱۵). نه‌ایه الاصول، به تقریر حسین علی منتظری، تهران، انتشارات تفکر.
۱۵. پاکباز، سیامک (۱۴۰۱). شرح قانون مدنی فرانسه اصلاحات ۲۰۱۶، با دیپاچه سید حسین صفایی، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
۱۶. تبریزی، موسی بن جعفر (۱۳۶۹). اوثق الوسائل فی شرح الرسائل (طبع قدیم)، قم، کتبی نجفی.
۱۷. دادگر، یدالله (۱۳۸۹). مولفه‌ها و ابعاد اساسی حقوق و اقتصاد، تهران، انتشارات پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و انتشارات نور علم.
۱۸. حسینی سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۴). قاعده لاضرر و لاضرار، قم، نشر مهر.
۱۹. حسینی سیستانی، سیدعلی (بی تا). منهاج الصالحین، قم، بی نا.
۲۰. شهیدی، مهدی (۱۳۸۶). آثار قراردادها و تعهدات، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد.
۲۱. شیرازی، سیدرضا (۱۳۹۶). «آنالیز ابزار اصولی «بنای عقلا» به روش بررسی مولفه واژه‌های آن و تحلیل کاربردها و ارتکازات»، مجله فقه و اصول، شماره ۹۶.
۲۲. شیخ طوسی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴). تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.
۲۳. شیخ طوسی، حسن بن یوسف (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامیه، تهران، مکتبه المرتضویه.
۲۴. صادقی نشاط، امیر (۱۳۸۸). «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی دانشگاه تهران، تهران.

۲۵. صدر، سید محمدباقر (۱۴۱۷). بحوث فی علم الاصول مع تقریرات حسن عبدالساتر، بیروت، دار الاسلامیه.
۲۶. صدر، سید محمدباقر (۱۳۹۵). المعالم الجدیده، تهران، مکتبه النجاح.
۲۷. صفایی، سیدحسین و نعمت‌الله، الفت (۱۳۸۹). اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۱۸.
۲۸. صفایی، سید حسین؛ عادل، مرتضی؛ میرزائزاد، اکبر و محمود کاظمی (۱۳۹۳). حقوق بیع بین‌المللی: بررسی کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، فرانسه، انگلیس و ایالات متحده امریکا، تهران، موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
۲۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۰. کاپوراسو، جیمز ای و پی‌لوی، دیوید (۱۳۸۷). نظریه‌های اقتصادی سیاسی، ترجمه محمود عبدالله‌زاده، تهران، نشر ثالث.
۳۱. قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۸). حقوق مدنی: مختصر قراردادها و تعهدات، تهران، دادگستر.
۳۲. عدل، مصطفی (منصور السلطنه) (۱۳۸۵). حقوق مدنی، قزوین، نشر طه.
۳۳. عمید، حسن (۱۳۵۷). فرهنگ فارسی، تهران، انتشارات امیرکبیر.
۳۴. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۴). فقه و عرف، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۳۵. معین، محمد (۱۳۷۱). فرهنگ فارسی، تهران، انتشارات امیرکبیر.
۳۶. مظفر، محمدرضا (۱۳۸۷). اصول الفقه مع تعلیقه زارعی سبزواری، قم، بوستان کتاب.
۳۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱). القواعد الفقهیة، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین.

۳۸. موسوی خمینی، مصطفی (۱۴۱۸). تحریرات فی الاصول، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار

امام خمینی.

۳۹. موسوی خمینی، روح الله (۱۴۱۰). الرسائل، تهران، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.

۴۰. موسوی خمینی، روح الله (۱۴۱۸). البیع مع تقریرات محمدحسن قدیری، تهران، مؤسسه

تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۴۱. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸). المستند فی شرح العروة الوثقی؛ الإجارة، دوره ۶

جلدی، تحت اشراف جناب آقای لطفی، قم، بی نا

۴۲. نایینی، محمدحسن غروی (۱۴۰۶). فوائد الاصول مع تقریرات شیخ محمدعلی کاظمی

خراسانی، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی.

۴۳. وحید خراسانی، حسین (۱۳۸۶). منهاج الصالحین، قم، مدرسه الامام باقر العلوم.

۴۴. سایت آیه الله العظمی خامنه ای، آخرین مراجعه: ۱۴۰۱/۰۵/۲۰

https://farsi.khamenei.ir/treatis_e-index

45. Csécsy, A. (2006). **Functions and interpretation of principles in the German contract law**. Debreceni Jogi Műhely, 3(2).